



Observatório Constitucional: O argumento comparativo na jurisdição

Um dos aspectos mais interessantes da atual prática decisória dos tribunais constitucionais diz respeito ao uso do Direito estrangeiro para fundamentar as decisões. O fenômeno vem se desenvolvendo nos últimos anos com especial intensidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que torna o tema ainda mais instigante e importante para os estudos sobre a jurisdição constitucional brasileira.

O uso do Direito estrangeiro pelos tribunais e supremas cortes constitucionais comumente tem sido posto como uma novidade, apesar de que, como esclarecem alguns estudos importantes[1], se trata de uma prática antiga — mais especificamente um método de Direito Comparado — que muitos tribunais sempre desenvolveram para deliberar e decidir sobre casos especiais em suas jurisdições nacionais[2].

É claro, por outro lado, que nas últimas duas décadas assistiu-se a um vertiginoso crescimento da quantidade de citações de precedentes estrangeiros pelos tribunais constitucionais de diversos países, como hoje comprovam alguns estudos empíricos relevantes[3], e tudo parece indicar que é esse fenômeno mais recente que vem atraindo a atenção de doutrinadores de toda parte interessados em entender as suas razões e os seus contornos teóricos[4].

Apesar de todo o interesse que tem despertado, é preciso reconhecer que o tema ainda carece de muito desenvolvimento e, especialmente, de precisões terminológicas e de delimitações temáticas. A questão quanto ao uso das fontes jurídicas estrangeiras pelos tribunais constitucionais pode dar margem a uma multiplicidade de abordagens ou enfoques sobre o mesmo fenômeno.

Na maioria dos estudos, o fenômeno é encarado como uma questão de (inter)relação jurídica (multilateral, global, multinível etc.) entre distintos órgãos ou entidades nacionais e internacionais ou supranacionais de caráter judicial, na perspectiva do Direito Internacional Público ou do Direito Constitucional Internacional. Tem sido muito comum que, adotando esse enfoque, tais estudos passem a qualificar e a denominar o fenômeno como sendo uma espécie de “diálogo judicial” (*judicial dialogue*) de caráter internacional ou global[5], que favorece o desenvolvimento de uma “diplomacia judicial” (*judicial diplomacy*), que acaba criando um frutífero processo de fertilização cruzada (*cross-fertilization*) de experiências constitucionais.

Tais expressões devem ser utilizadas com cuidado. A citação de Direito estrangeiro é realizada, na maioria das vezes, de modo unilateral por parte de cada tribunal constitucional, sem que haja necessariamente uma correspondência do tribunal estrangeiro cujos precedentes foram utilizados[6]. A existência de um efetivo diálogo ou de uma comunicação judicial (através da citação mútua de jurisprudências entre dois ou mais tribunais) é de raríssima ocorrência, muitas vezes restrita ao âmbito de um mesmo ambiente institucional e de uma tradição jurídica comum, como é o caso das jurisdições dos países de *common Law*, de modo que essas expressões, longe de serem representativas do fenômeno mais abrangente da citação, devem ser utilizadas apenas para essas hipóteses, de ocorrência mais limitada.

O fenômeno também pode ser abordado como uma questão de metodologia do Direito Constitucional Comparado. Isso ocorre normalmente quando é objeto de estudos dos teóricos do Direito Constitucional. Nesse âmbito, a preocupação teórica passa a ser de índole distinta[7]. Como têm sublinhado alguns



teóricos do Direito Constitucional Comparado[8], a prática da citação não pode se transformar num mero “transplante” de fontes jurídicas estrangeiras; ela deve ser feita conforme pautas metodológicas claras e pré-definidas, que auxiliem os juízes a utilizá-las apenas como um complemento da motivação da decisão. Realizada de modo coerente do ponto de vista metodológico[9], o uso do Direito estrangeiro, como uma espécie de comparação, pode ser qualificado como um verdadeiro método de interpretação constitucional, na linha do que Peter Häberle há muito identificou como o “quinto método”, adicional aos outros quatro clássicos de Savigny (gramatical, histórico, sistemático e teleológico)[10].

Numa linha que se aproxima à metodológica, mas que se insere mais no âmbito de interesses dos teóricos e filósofos do Direito, é possível abordar o fenômeno como um problema de identificação, tipologia e vigência das fontes do Direito num determinado ordenamento jurídico. Esta é a preocupação, por exemplo, de Frederick Schauer[11], quando requalifica a questão — aparentemente simples — quanto à citação do Direito estrangeiro como um problema teórico e filosófico mais complexo a respeito do aspecto autoritativo do Direito (o que deve contar como autoridade jurídica num determinado sistema), do significado das fontes do Direito numa ordem jurídica (o que pode servir de premissa do raciocínio judicial) e, finalmente, do que é o próprio Direito (o conceito de Direito).

Não obstante o interesse que podem despertar todas as perspectivas de abordagem acima mencionadas, talvez o enfoque atualmente mais sugestivo — e menos trabalhado — seja aquele que enxerga o uso do Direito estrangeiro na motivação das decisões judiciais como um problema de argumentação jurídica, isto é, de técnica e prática de justificação das decisões.

Nesse aspecto, a prática de citar fontes jurídicas de outro ordenamento jurídico para fundamentar as decisões judiciais é encarada como uma espécie de argumentação, denominada de *argumentação comparativa* (*comparative reasoning*). Assim, antes que um fenômeno de diálogo judicial, de comunicação judicial global ou transnacional ou de fertilização cruzada ou mútua de experiências constitucionais — que, como visto, muitas vezes são utilizados de forma equivocada —, trata-se de uma *prática argumentativa* que se utiliza de argumentos comparativos.

O *argumento comparativo* é um tipo especial de argumento, que ao mesmo tempo assume as características de um *argumento de autoridade* e de um *argumento por analogia*. É um argumento de autoridade na medida em que, para fixar a interpretação de algum enunciado jurídico, se utiliza de uma proposição construída ou definida por determinadas instituições no âmbito de um ordenamento jurídico estrangeiro (doutrina, jurisprudência, legislação etc.) que, a critério do tribunal que se utiliza do argumento, gozam de algum prestígio ou autoridade suficientes para convencer e/ou persuadir auditórios pertencentes a sua jurisdição. Também é um argumento analógico, pois toma como referência as soluções encontradas no contexto de outros ordenamentos jurídicos para casos que são considerados semelhantes ao caso objeto de julgamento.



O tratamento do fenômeno como sendo o de uma prática argumentativa específica (a argumentação comparativa) traz perspectivas relevantes para se enfrentar as diversas questões que o tema sugere. Um aspecto interessante é que ela pode tornar mais evidente e assim explicar melhor o fato de que, no contexto atual, os tribunais constitucionais fazem uso não somente de enunciados jurídicos de primeira ordem (doutrinários, normativos ou jurisprudenciais), mas também dos *métodos* de interpretação e aplicação do Direito construídos e utilizados por tribunais de outros países, e, da mesma forma, da argumentação ou dos *argumentos* que fazem parte da justificação de decisões judiciais estrangeiras.

Com isso, é possível identificar a existência de uma *circulação transnacional de métodos ou de argumentos*, cujo melhor exemplo encontra-se no denominado *princípio da proporcionalidade*, que inegavelmente vem ganhando uma imensa difusão na jurisprudência dos mais diversos tribunais constitucionais. Nessa perspectiva, o próprio uso do argumento comparativo, uma técnica específica de justificação das decisões judiciais cada vez mais utilizada pelos tribunais, pode ser encarado como produto dessa circulação internacional de argumentos jurídico-constitucionais.

Essa perspectiva também pode ressaltar as questões importantes que se relacionam à exigência de *coerência das argumentações* utilizadas nas decisões. Nos tribunais que adotam o modelo de texto composto ou de decisão *seriatim* — como é o caso do Supremo Tribunal Federal, tal como explicado em [coluna](#) publicada neste Observatório Constitucional em 1º/2/2014 —, a diversidade das fontes jurídicas estrangeiras eventualmente utilizadas por cada magistrado (doutrina, jurisprudência, legislação etc.) pode gerar *problemas de coerência* dos fundamentos determinantes da decisão, visto que o texto final poderá ser composto por um amálgama de múltiplas razões que podem estar baseadas em distintas fontes de diversos países diferentes e que inclusive podem ser contraditórias entre si.

Essas questões parecem assim evidenciar a importância e a necessidade de estudos aprofundados sobre o argumento comparativo na jurisdição constitucional brasileira. A prática argumentativa do Supremo Tribunal Federal vem mostrando-se problemática em variados aspectos, entre os quais inegavelmente está o uso do Direito estrangeiro na fundamentação de cada voto individualmente considerado. Este é, sem dúvida, um dos temas que deve ser objeto de sérias reflexões por parte de todos que se envolvem com a jurisdição constitucional no Brasil.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).

[1] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters; 2011. BOBEK, Michal. *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press; 2013.

[2] Estudo pioneiro sobre o tema, publicado na década de 1950, pode ser encontrado em: TRIPATHI, Pradyumna K. *Foreign Precedents and Constitutional Law*. In: *Columbia Law Review*, vol. 57, n. 3, march 1957.

[3] GROPPI, Tania; PONTTHOREAU, Marie-Claire. *The use of foreign precedents by constitutional judges*. Oxford: Hart Publishing; 2013.

[4] Entre os primeiros e mais difundidos estudos sobre essa temática na década de 1990 estão os importantes e multicitados artigos de Anne-Marie Slaughter: SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. In: *Harvard International Law Review*, vol. 44, n. 1, 2003. Idem. *Judicial Globalization*



. In: Virginia Journal of International Law, vol. 40, 2000, pp. 1103-1124. Idem. *The New World Order*. In: Foreign Affairs, vol. 76, n. 5, 1997, pp. 183-197. Idem. *A typology of transjudicial communication*. In: University of Richmond Law Review, vol. 29, 1995, pp. 99-137.

[5] Reflexões sobre a existência de um diálogo entre Cortes Constitucionais podem ser encontradas em: MAUS, Didier. *Application of the case law of foreign Courts and dialogue between Constitutional Courts*. Paper for the plenary session of the World Conference of Constitutional Justice organized by the Constitutional Court of South Africa and the Commission for Democracy through Law (Venice Commission) of the Council of Europe, on 22-24 January 2009 in Cape Town, South Africa.

[6] Sobre as dificuldades e os limites do uso da expressão “global judicial dialogue”: LAW, David S.; CHANG, Wen-Chen. *The limits of global judicial dialogue*. In: Washington Law Review, vol. 86, 2011, pp. 523-577.

[7] Para uma abordagem do fenômeno com uma preocupação de índole metodológica do Direito Comparado: PEGORARO, Lucio. *La utilización del derecho comparado por parte de las Cortes Constitucionales: un análisis comparado*. In: Estudios en homenaje a Hector Fix-Zamudio. México: UNAM, pp. 385-436.

[8] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas, Thomson Reuters; 2011.

[9] VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale Comparato*. Padova: Cedam; 1993.

[10] HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos; 2002. Idem. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea; 2007.

[11] SCHAUER, Frederick. *Authority and Authorities*. In: Virginia Law Review, vol. 94, 2008, pp. 1931-1961.

Date Created

03/05/2014